

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130424-O/U/jv

Mitwirkend: Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.
L. Chitvanni und Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Baumgartner

Urteil vom 27. August 2014

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. T. Moder,
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

sowie

A._____,

Privatkläger und II. Berufungskläger sowie Anschlussberufungskläger

gegen

B._____,

Beschuldigte und Berufungsbeklagte

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend

unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung -
Einzelgericht, vom 30. Mai 2013 (GG120195)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 6. August 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. HD 22).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 46)

1. Die Beschuldigte ist nicht schuldig und wird vom Vorwurf des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen gemäss Art. 179^{ter} StGB und der mehrfachen Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung im Sinne Art. 26 APV in Verbindung mit Art. 4 APV freigesprochen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der Beschuldigten wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. (Mitteilungen)
5. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) Der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Urk. 48):

1. Die Beschuldigte B._____ sei schuldig zu sprechen
 - des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB sowie
 - der mehrfachen Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung im Sinne Art. 26 APV in Verbindung mit Art. 4 APV.

2. Die Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (entsprechend Fr. 600.--) sowie einer Busse von Fr. 300.-- zu bestrafen.
3. Der Beschuldigten sei der bedingte Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren zu gewähren.
4. Es sei eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse festzusetzen.
5. Der Beschuldigten seien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

b) des Privatklägers (Urk. 55):

1. Die Beschuldigte sei schuldig zu sprechen des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen im Sinne von Art. 179ter StGB sowie der mehrfachen Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung im Sinne von Art. 26 APV i.V.m. Art. 4 APV.
2. Der Beschuldigten seien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

c) der Verteidigung der Beschuldigten (Urk. 72):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang, Umfang der Berufung und Prozessuales

1. Verfahrensgang

- 1.1. Mit Urteil vom 30. Mai 2013 sprach das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht, den Beschuldigten vom Vorwurf des unbefugten Aufnehmens von

Gesprächen gemäss Art. 179^{ter} StGB und der mehrfachen Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung im Sinne von Art. 26 APV in Verbindung mit Art. 4 APV frei (vgl. Urk. 46 S. 9 Dispositiv Ziffer 1).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl mit Eingabe vom 5. Juni 2013 fristgerecht Berufung an (vgl. Urk. 41). In ihrer Berufungserklärung stellte sie die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 48 S. 4).

1.3. Auch der Privatkläger A._____ meldete mit Eingabe vom 6. Juni 2013 gegen das vorinstanzliche Urteil fristgerecht Berufung an (Urk. 42). Nachdem er jedoch innert Frist keine Berufungserklärung einreichte, trat diese Kammer auf seine Hauptberufung mit Beschluss vom 21. Januar 2014 nicht ein (vgl. Urk. 61). Derselbe Privatkläger erklärte indessen mit Eingabe vom 18. Dezember 2013 (Datum des Poststempels) fristgerecht Anschlussberufung betreffend die Hauptberufung der Staatsanwaltschaft (vgl. Urk. 55), weswegen dieses Rechtsmittel im Berufungsverfahren zu behandeln ist.

1.4. Mit Verfügung vom 27. November 2013 bestellte der Kammerpräsident der bis anhin nicht vertretenen Beschuldigten einen amtlichen Verteidiger (vgl. Urk. 52 sowie Urk. 49 und 51). Dieser erklärte mit Eingabe vom 13. Januar 2014, bewusst auf eine Anschlussberufung verzichtet zu haben (vgl. Urk. 59 S. 2).

1.5. In der Folge erklärten sich sämtliche Parteien mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden (Staatsanwaltschaft: Urk. 54, Privatkläger: Urk. 65 S. 2, Beschuldigte: Urk. 59 S. 2), weswegen der Kammerpräsident dieses mit Verfügung vom 10. Februar 2014 anordnete (vgl. Urk. 67). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (vgl. Urk. 69).

1.6. Die Staatsanwaltschaft teilte mit Eingabe vom 6. Dezember 2013 mit, ihre Eingabe vom 8. Oktober 2013 (vgl. Berufungserklärung Urk. 48) sei als vollständige Berufungsbegründung anzusehen (vgl. Urk. 54). Der Privatkläger seinerseits erklärte, seine Eingabe vom 17. Dezember 2013 (vgl. Anschlussberufung Urk. 55) stelle die vollständige (Anschluss)Berufungsbegründung dar (vgl. Urk. 65).

1.7. Am 17. April 2014 erstattete die Beschuldigte die Berufungsantwort (vgl. Urk. 72). Die Stellungnahmen dazu gingen hierorts am 30. April (Staatsanwaltschaft, vgl. Urk. 77) bzw. 26. Mai 2014 (Privatkläger, vgl. Urk. 78) ein. Die Beschuldigte nahm dazu mit Eingabe vom 5. Juni 2014 Stellung (vgl. Urk. 82).

1.8. Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.

2. Umfang der Berufung

2.1. Die Staatsanwaltschaft stellte die oben erwähnten Anträge (vgl. Urk. 48 S. 4).

2.2. Der Privatkläger stellte in seiner Anschlussberufung die ebenfalls eingangs aufgeführten Anträge (vgl. Urk. 55 S. 2).

2.3. Die Beschuldigte verlangte die vollumfängliche Abweisung der Berufungen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (vgl. Urk. 72 S. 2).

2.4. Bei dieser Ausgangslage ist das gesamte erstinstanzliche Urteil angefochten und daher vom Berufungsgericht zu überprüfen (Art. 404 Abs. 1 StPO).

3. Berufungslegitimation des Privatklägers

3.1. Der Privatkläger verlangte in seiner Anschlussberufung – wie oben dargelegt – auch die Bestrafung der Beschuldigten wegen mehrfacher Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung (im Folgenden APV).

3.2. Gemäss Art. 382 StPO kann nur diejenige Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, ein Rechtsmittel ergreifen. Mit Bezug auf die vorgeworfene Übertretung der APV kommt dem Privatkläger klarerweise keine Parteistellung zu, was er selber auch einräumt (vgl. Urk. 55 S. 2). Damit ist der Privatkläger nicht legitimiert, den diesbezüglichen vorinstanzlichen Freispruch anzufechten, weswegen auf seine diesbezügliche Anschlussberufung vorweg nicht einzutreten ist.

II. Strafantrag

1. Antragserfordernis und vorhandener Strafantrag

1.1. Das unbefugte Aufnehmen von Gesprächen nach Art. 179^{ter} StGB gemäss Anklagepunkt HD ist ein Antragsdelikt.

1.2. Die an der polizeilichen Einvernahme ebenfalls anwesende Übersetzerin verzichtete ausdrücklich auf einen Strafantrag (vgl. HD 1 S. 5).

1.3. Der Privatkläger, der als Polizeibeamter die hier zur Diskussion stehende Befragung der Beschuldigten vom 30. September 2011 vornahm, stellte am 15. Oktober 2011 Strafantrag (vgl. Urk. HD 2).

2. Antragsberechtigung des Privatklägers

2.1. Bei Antragsvergehen stützt die herrschende Lehre das Antragserfordernis auf drei Argumente. Der Gesetzgeber erklärt eine Straftat zum Antragsdelikt entweder wegen ihres geringen Unrechtsgehaltes, oder weil das Strafverfahren die Persönlichkeitssphäre des Verletzten tangiert, oder weil die Strafverfolgung enge persönliche Beziehungen zwischen dem Opfer und dem Täter beeinträchtigen könnte (vgl. BSK Strafrecht I - Riedo, 3. Auflage, Basel 2013, N 10 vor Art. 30 StGB). Zum Schutze der Rechtspflege, von Amtshandlungen oder der Amtspflicht kennt das Gesetz keine Antragsdelikte.

2.2. Die Strafbestimmungen von Art. 179^{bis} ff. StGB wurden erst im Jahre 1968 im Rahmen einer Teilrevision, welche im Blick auf neue technische Möglichkeiten des Eindringens in den persönlichen Geheim- und Privatbereich und der Fixierung entsprechender Lebensäusserungen auf Ton- oder Bildträgern erfolgte, hinzugefügt (vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage Bern 2010, § 12 N 2, S. 261). Sie sind entsprechend im zweiten Abschnitt des dritten Titels unter den strafbaren Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich im Strafgesetzbuch eingereiht und – mit Ausnahme von Art. 179^{sexies} StGB – allesamt als Antragsdelikte ausgestaltet. Die vorliegend interessierende Strafbestimmung von

Art. 179^{ter} StGB schützt verschiedene Aspekte der Privatsphäre, namentlich die Vertraulichkeit des Gesprächs.

2.3. Nach Art. 30 StGB kann jede Person, die durch eine Tat, welche nur auf Antrag strafbar ist, "verletzt" worden ist, die Bestrafung des Täters verlangen. Damit kommt die Antragsberechtigung nur dem Verletzten zu. Nach Art. 179^{ter} StGB ist grundsätzlich jeder Gesprächsteilnehmer zum Strafantrag legitimiert (vgl. Trechsel/Lieber, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), StGB Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen Art. 179^{ter}, N 8). Diese Bestimmung setzt aber einen Eingriff in höchstpersönliche Rechtsgüter des Rechtsgutträgers voraus. Bei der hier zur Diskussion stehenden Einvernahme handelte es sich um eine vom Privatkläger als Polizeibeamten geführte amtliche Verrichtung in einem Strafverfahren, die – entsprechend der für diese Handlungen auch für die Polizei geltenden Dokumentationspflicht (vgl. Art. 76 ff. StPO, vgl. Schmid, STPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 76 N 2, vgl. auch Brühschweiler in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich-Basel-Genf 2010, N 3 zu Art. 76 StPO) – zu protokollieren war (vgl. Art. 78 StPO). Das legt den Schluss nahe, dass ein Polizeibeamter, soweit er durch das unbefragte Aufnehmen einer von ihm geführten Einvernahme nicht persönlich tangiert wird, mithin nicht "verletzt" im Sinne von Art. 30 StGB, gar nicht antragsberechtigt ist. Anhaltspunkte dafür, der Privatkläger sei hier durch die – von der Beschuldigten bestrittene – Aufnahme persönlich und nicht nur in Ausübung seiner amtlichen Funktion tangiert worden, bestehen nämlich keine und werden selbst vom Privatkläger nicht geltend gemacht.

2.4. Angesichts der Tatsache, dass es eine reine Frage des materiellen Rechts ist, ob eine bestimmte Handlung als strafbar erscheint, weswegen diese vom Gericht zu beurteilen ist und beim Entscheid über die Zulässigkeit des Strafantrages aus dem Spiel zu bleiben hat (vgl. Christof Riedo, der Strafantrag, Diss. FR 2004 S. 201), ist die Problematik nach der Antragsberechtigung des Polizeibeamten vorliegend indessen offen zu lassen und nicht vertiefter zu erörtern.

III. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

1.1. Die Anklage wirft der Beschuldigten vor, am 30. September 2011, ca. 15.25 Uhr, auf dem Polizeiposten ... in Zürich anlässlich einer polizeilichen Einvernahme den einvernehmenden Polizeibeamten A._____ sowie die anwesende Dolmetscherin heimlich und somit wissentlich ohne die Einwilligung der beiden Personen im Bewusstsein, dass es sich um ein nichtöffentliches Gespräch gehandelt habe, mittels Videofunktion ihrer Digitalkamera aufgenommen zu haben.

1.2. Weiter habe die Beschuldigte während der Befragung diverse in der Anklageschrift im Einzelnen umschriebenen Anweisungen des Polizeibeamten A._____ missachtet, wodurch sie die Befolgung von polizeilichen Anordnungen verweigert habe, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre, was sie gewusst und auch gewollt, zumindest aber in Kauf genommen habe.

2. Sachverhalt

2.1. Die Beschuldigte bestreitet die Vorwürfe. Mit der Vorinstanz kann vorliegend – wie nachfolgend dargelegt wird – auf die Erstellung des Anklagesachverhalts indessen verzichtet werden (vgl. Urk. 46 S. 4).

2.2. Aus diesem Grund ist der (Eventual-)Antrag der Verteidigung auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (vgl. Urk. 72 S. 2 f.) nicht weiter zu erörtern. Immerhin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass keine verwertbare Einvernahme des Polizeibeamten, der als Privatkläger – wie die Staatsanwaltschaft erkannte (vgl. Urk. HD 12) – fälschlicherweise als Zeuge anstatt als Auskunftsperson befragt wurde, vorliegt. Wenn die Staatsanwaltschaft in ihrer Aktennotiz vom 20. Juli 2012 zudem argumentiert, der einvernommene Polizeibeamte habe als Zeuge die gestellten Fragen beantworten müssen, "während er in der ihm richtigerweise zustehenden Rolle als Auskunftsperson die Aussage ohne Angabe von Gründen ganz oder teilweise hätte verweigern können" (vgl. Urk. HD 12), so übersieht sie, dass die Privatklägerschaft nach Art. 180 Abs. 2 StPO grundsätzlich zur Aussage verpflichtet ist.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Ausgangslage

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl würdigt den eingeklagten Sachverhalt als unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen im Sinne von Art. 179^{ter} StGB sowie als mehrfache Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung im Sinne von Art. 26 in Verbindung mit Art. 4 APV.

2. Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen

2.1. Entscheid der Vorinstanz

2.1.1. Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid, insbesondere unter Berufung auf den Entscheid des Bundesgerichtes BGE 108 IV 161 E. 2b f. dar, mit der Einvernahme der Beschuldigten vom 30. September 2011 habe der Polizeibeamte einen dienstlichen Auftrag im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens ausgeführt. Die polizeiliche Befragung sei aufgrund des Verdachts erfolgt, die Beschuldigte habe sich der Förderung des illegalen Aufenthalts im Sinne des Ausländergesetzes schuldig gemacht. Die polizeiliche Befragung habe nicht zum Privatbereich der am Gespräch teilnehmenden Personen gehört. Insbesondere seien seitens des Polizeibeamten keine Ausführungen erfolgt, welche seine Privatsphäre betroffen hätten. Das Gespräch habe einzig die der Beschuldigten vorgeworfene Widerhandlung gegen das Ausländergesetz betroffen. Das Tatbestandserfordernis von Art. 179^{ter} StGB des privaten Gesprächs sei somit nicht gegeben (vgl. Urk. 46 S. 5 f.).

2.2. Vorbringen der Staatsanwaltschaft

2.2.1. Die Staatsanwaltschaft rügt in ihrer Berufung, der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 108 IV 163 führe zwar aus, dass nur Gespräche im privaten Bereich geschützt seien, nicht aber "amtliche Gespräche" wie polizeiliche Einvernahmen. Dieser Entscheid werde in der Lehre indessen weitgehend

kritisiert. Das Schutzbedürfnis bestehe auch bei Gesprächen, die aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen geführt würden, wie bei Polizeieinvernahmen etc. (vgl. Urk. 48 S. 2 unter Hinweis auf BSK Strafrecht II - von Ins/Wyder, Basel 2013, 3. Auflage, N 13 zu Art. 179^{ter} StGB). Vieles spreche dafür, dass die bereits 1982 getroffene Entscheidung des Bundesgerichts heute überholt sei und auch in der Rechtsprechung überdacht werden müsste. Weiter stelle sich die Frage, in wieweit die Persönlichkeitsrechte des einvernehmenden Polizeibeamten durch ein solches Verhalten (zumindest unmittelbar) und jene der Dolmetscherin beeinträchtigt würden. Weiter führte die Staatsanwaltschaft an, es sei insbesondere zu berücksichtigen, dass ansonsten bei polizeilichen Einvernahmen im Vorermittlungsverfahren praktisch keine Sanktionsmöglichkeiten vorhanden wären (vgl. dazu Urk. 48).

2.2.2. In ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort wies die Staatsanwaltschaft erneut auf die zum zitierten Bundesgerichtsentscheid abweichende Lehre hin (vgl. Urk. 77 S. 2 f.). Dazu führte sie aus, die Gleichsetzung "amtlich/dienstlich = öffentlich bzw. privat = nichtöffentlich" vermöge keineswegs zu überzeugen. Gerade bei Befragungen von Beschuldigten, Auskunftspersonen oder Zeugen kämen oftmals sehr private Dinge zur Sprache, so dass eine Verneinung der Tatbestandsmässigkeit heimlicher Aufnahmen den Schutzzweck der Norm geradezu verfehlen würde. Das Interesse des Befragten aber auch des Fragenden, heimlichen Aufnahmen nicht ausgesetzt zu sein, sei im strafrechtlichen Sinne schutzwürdig (vgl. Urk. 77 S. 2 f.).

2.2.3. Weiter legte die Staatsanwaltschaft dar, eine amtliche Befragung sei nicht mit einer öffentlichen Verhandlung gleichzusetzen. Die Einvernahme im Strafverfahren sei zweifelsfrei nicht für einen grösseren, nach Zahl und Individualität unbestimmten Kreis von Personen bestimmt. Nicht nur das dem Intimbereich oder der privaten Geheimsphäre zuzuordnende, nicht öffentlich gesprochene Wort eines andern dürfe nicht unbefugt auf einen Tonträger aufgenommen werden, sondern jedes, auch das in beruflichem oder amtlichem Zusammenhang nicht öffentliche gesprochene Wort werde durch Art. 179^{ter} StGB geschützt (vgl. Urk. 77 S. 3).

2.2.4. Auch vom Prozessrecht her stelle sich die Lage nicht anders dar. Das strafprozessuale Vorverfahren sei nicht öffentlich und unterstehe dem Untersuchungsgeheimnis. Parteiöffentlichkeit sei auch hier klar von Publikumsöffentlichkeit abzugrenzen, denn Parteiöffentlichkeit werde lediglich in einem klar umgrenzten, von der Parteistellung geprägten Rahmen gelebt und eben gerade nicht in einem unbestimmt grossen Personenkreis. Das Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren seien nicht öffentlich und vom Untersuchungsgeheimnis erfasst. Dementsprechend brauche es für diesen Bereich – im Gegensatz zum öffentlichen Gerichtsverfahren (vgl. Art. 71 StPO) – keine Bestimmung, welche Bild- und Tonaufnahmen verbiete (vgl. Urk. 77 S. 3).

2.3. Vorbringen des Privatklägers

2.3.1. Der Privatkläger macht in seiner Anschlussberufung geltend, durch die Aufnahmen seien seine Persönlichkeitsrechte und jene der Dolmetscherin verletzt worden, da keine entsprechende Einwilligung zur Aufnahme vorgelegen habe. Aufnahmen von Personen anlässlich polizeilicher Einvernahmen seien besondere Personendaten. Das nicht parteiöffentliche Aufnehmen einer polizeilichen Einvernahme müsse als unerlaubter Eingriff in den Privatbereich aller beteiligten Personen gelten und es könne nicht angehen, dass die Beschuldigte solche Aufnahmen erstellen und anschliessend unkontrolliert verwenden könne. Da die besagte Einvernahme im polizeilichen Vorverfahren erfolgt sei und noch gar nicht an die Staatsanwaltschaft rapportiert werden sei, habe keine Möglichkeit bestanden, bei dieser als Verfahrensleitung sitzungspolizeiliche Massnahmen oder anderweitige Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit zu erwirken. Die Beschuldigte sei somit wegen des unbefugten Aufnehmens von Gesprächen, eventuell der Verletzung des Privatbereichs durch Aufnahmegeräte schuldig zu sprechen (vgl. Urk. 55 S. 2).

2.3.2. In seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort führte der Privatkläger aus, der Beizug von BGE 108 IV 164 zur Klärung der Anwendbarkeit von Art. 179^{ter} StGB auf den gegenständlichen Sachverhalt erweise sich mehr als fraglich. Der im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Sachverhalt lasse sich nicht mit dem des erwähnten Bundesgerichtsentscheides vergleichen. Der BGE schildere die

Situation einer offengelegten Aufnahme der Einvernahme, die gegenständliche Auseinandersetzung beziehe sich auf die verdeckte Aufzeichnung der Einvernahme. Wenn bereits die offene Aufzeichnung Thema einer juristischen Beurteilung darstelle, müsse bei einer heimlichen Aufzeichnung erst recht Platz für Diskussionen sein. Die Lehre stelle sich mehrheitlich auf den Standpunkt, dass es sich um einen veralteten Entscheid handle, welcher den aktuellen Bedürfnissen und Entwicklungen im Bereich Persönlichkeits- und Datenschutz nicht gerecht werde. Art. 179^{ter} StGB nenne als geschütztes Rechtsgut die Freiheit des Gesprächsteilnehmers, keine Aufzeichnung der eigenen Äusserung ohne sein Einverständnis dulden zu müssen. Ein Ausschluss von polizeilichen Einvernahmen aus diesem geschützten Bereich sei nicht vertretbar, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Inhalte besondere Personendaten darstellten. Weiter argumentiert der Privatkläger, indem die beschuldigte Person die Einvernahme aufzeichne und sich somit jederzeit uneingeschränkte Einsicht in den polizeilichen Informationsbestand verschaffe, setze sie sich über Art. 101 StPO hinweg. Zu guter Letzt beruft sich der Privatkläger auf Art. 293 StGB (vgl. Urk. 78 S. 2 f.)

2.4. Vorbringen der Verteidigung

2.4.1. Die Verteidigung führte in ihrer Berufungsantwort aus, die Überlegungen des Bundesgerichts im von der Lehre verschiedentlich kritisierten BGE 108 IV 163 müssten auch heute noch Geltung haben. Durch die Art. 179^{bis} ff. StGB werde der Geheim- oder Privatbereich geschützt. Es gehe also um den Schutz vor persönlichen oder (gemäss Bundesgericht) auch geschäftlichen Besprechungen. Einen weitgehenderen Schutz gewährten diese strafrechtlichen Bestimmungen nicht. Bei einer polizeilichen Befragung handle es sich um eine dienstliche Angelegenheit im Rahmen eines Strafverfahrens. Weiter sei nicht einzusehen, welchen Schutz der einvernehmende Polizeibeamte oder konkret hier auch die anwesende Dolmetscherin gewährt erhalten sollten, welche beide ebenfalls nicht in einem privaten, persönlichen oder geschäftlichen Zusammenhang zusammenfänden. Ob bei dieser Betrachtungsweise bei polizeilichen Einvernahmen im Vorermittlungsverfahren praktisch keine Sanktionsmöglichkeit bestünden, brauche nicht zu interessieren, denn die Auslegung und die Anwendung dieser Bestimmungen könne

und dürfe sich nicht an allfälligen Bedürfnissen der Strafverfolgungsbehörde nach Sanktionierungsmöglichkeiten orientieren (vgl. Urk. 72 S. 3 f.).

2.4.2. In seiner Stellungnahme zu den Vernehmlassungen der Staatsanwaltschaft sowie des Privatklägers und der dort geäusserten Kritik zum Bundesgerichtsentscheid 108 IV 161 und den zitierten Lehrmeinungen erwiderte die Verteidigung, es sei festzuhalten, dass der ganze Inhalt einer solchen polizeilichen Befragung korrekterweise in das zu erstellende Einvernahmeprotokoll einzufließen habe. Der Inhalt einer solchen Befragung sei deshalb sowieso schriftlich bei den Akten zu finden und deren Aufnahme würde – soweit richtig und vollständig protokolliert werde, wovon auszugehen sei – keine neuen oder weitergehenden Informationen über die geführten "Gespräche" beinhalten, weswegen nicht einzusehen sei, weshalb die Aufnahme die Verletzung von irgendwie gearteten geschützten Gütern darstelle solle (vgl. Urk. 82 S. 2 f.). Wenn mit Hinweis auf Schubarth vorgebracht werde, ein aus öffentlicher Verpflichtung geführtes Gespräch könne höchst private Dinge betreffen, so möge das gerade auch im Rahmen einer polizeilichen Befragung grundsätzlich zutreffen, es betreffe aber die privaten Dinge des Befragten und nicht des Befragers. Insofern würde allenfalls ein Schutzbedürfnis der befragten Person, hier der Beschuldigten, vorliegen. Aus dem Umstand, dass das Vorverfahren nicht öffentlich sei und dem Untersuchungsgeheimnis unterstehe, dürfe keinesfalls die Anwendung von Art. 179^{ter} StGB abgeleitet werden. Schliesslich stellte die Verteidigung in Abrede, aus den vom Privatkläger herangezogenen Bestimmungen von Art. 101 StPO bzw. Art. 293 StGB sei etwas hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 179^{ter} StGB abzuleiten (vgl. Urk. 82 S. 2 ff.).

2.5. Beurteilung

2.5.1. Das Bundesgericht hatte im vielfach kritisierten Entscheid 108 IV 161 zur Ermittlung von Sinn und Zweck der hier zur Diskussion stehenden Vorschrift von Art. 179^{ter} StGB die ebenfalls zum Gesetzestext gehörenden Überschriften und Titel herangezogen und dabei erwogen, aus dem übereinstimmenden Wortlaut der massgebenden Überschriften folge, dass das geschützte Rechtsgut der Geheim- oder Privatbereich sei. Daraus ergebe sich – so das Bundesgericht weiter – dass nicht jedes nichtöffentliche Gespräch strafrechtlichen Schutz geniesse. Ge-

schützt sei dieses nur, wenn es sich um Äusserungen im privaten Bereich handle. Es präzisierte dabei, derartige Gespräche seien etwa Äusserungen persönlicher Natur, aber auch geschäftliche Besprechungen. Anders verhalte es sich dagegen u.a. bei der dienstlichen Befragung durch einen Polizeibeamten oder Untersuchungsrichter, soweit es sich um Äusserungen handle, die im Rahmen des hängigen Verfahrens gemacht würden. Ein aus öffentlicher Verpflichtung geführtes Gespräch falle nicht in die Privatsphäre der Gesprächsteilnehmer, da diese durch die Aufnahme nicht in ihrer "persönlichen Freiheit in der Mitteilung an andere" beeinträchtigt seien. Soweit die Ausführung des dienstlichen Auftrags durch die Aufnahme des Gesprächs gestört oder verhindert werde, betreffe dies nur den Schutzbereich der Rechtspflege. Letztere werde aber durch Art. 179^{ter} StGB nicht geschützt (vgl. BGE 108 IV 163 E. lit. b und c).

2.5.2. Anlass zu diesem Entscheid hatte der vorinstanzliche Entscheid des Kantonsgerichts-Ausschusses Graubünden gegeben (vgl. PKG 1982 Nr. 29), in welchem die Frage erörtert worden war, ob im polizeilichen Ermittlungsverfahren ein Gespräch zwischen dem vernehmenden Beamten und dem betroffenen Privaten als nichtöffentlich im Sinne von Art. 179^{ter} StGB zu betrachten war. Bereits in diesem Entscheid war argumentiert worden, bei Übernahme des prozessrechtlichen Öffentlichkeitsbegriffes wäre die Nichtöffentlichkeit zu bejahen, da zu Einvernahmen im Gegensatz zu öffentlichen Gerichtsverhandlungen beliebige Dritte keinen Zutritt hätten. Stelle man also darauf und auf den Wortlaut des Art. 179^{ter} StGB ab, zählten die Gespräche, die die Polizeibeamten mit dem Einvernommenen über den ihm gemachten Vorwurf geführt hätten, zu den nichtöffentlichen. Eine solche Auslegung – so der Kantonsgericht-Ausschuss in seinem Entscheid weiter – trüge jedoch dem Zweck der genannten Strafbestimmung nicht Rechnung. Denn diese gehöre zu jenen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, die von den strafbaren Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich handelten und dazu beitragen sollten, die Privatsphäre des Einzelnen zu schützen. Das aufgezeichnete Gespräch einer polizeilichen Einvernahme betreffe gerade nicht den Privatbereich der teilnehmenden Personen. Die Aussagen, die jemand gemäss gesetzlicher Vorschrift während einer Strafuntersuchung oder in einer anschliessenden Gerichtsverhandlung mache, seien dem Privatbereich

weitgehend entzogen. Dasselbe gelte für die im gleichen Zusammenhang gemachten Äusserungen jener Personen, die in der Strafverfolgung oder im urteilenden Gericht tätig seien. Das Verhalten eines Beschuldigten gegenüber den ihn wegen einer Strafsache vernehmenden Polizeibeamten unterliege damit nicht der Strafdrohung des Art. 179^{ter} StGB. Der Kantonsgerichts-Ausschuss erwog schliesslich unter Hinweis auf die Ausgestaltung dieser Strafnorm als Antragsdelikt und auf den gesetzgeberischen Grund, eine Strafverfolgung erst auf einen entsprechenden Antrag des Verletzten hin einsetzen zu lassen, weil die Tat empfindlich in die Privatsphäre des Opfers eingreife, weiter, es wäre systemfremd, wenn die Ahndung der Tat davon abhinge, ob der betroffene Beamte Strafantrag stelle oder nicht, zumal es hier um den Schutz der Rechtspflege gehe.

2.5.3. Das Bundesgericht hatte sich in seinem Entscheid auch auf Schultz berufen (vgl. Schultz, der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre in SJZ S. 301 ff.), der im zitierten Aufsatz ausgeführt hatte, dass die Art. 179^{bis} ff. StGB, weil damit persönliche Rechtsgüter geschützt werden sollen, sich nicht auf dienstliche Gespräche von Beamten beziehen (vgl. a.a.O. S. 304 Fn 6). Diese Gespräche – so Schultz weiter – müssten entweder durch eine im 15. Titel des StGB (strafbare Handlungen gegen die öffentliche Gewalt) oder in ein anderes Gesetz einzufügende Vorschrift gegen unbefugtes Abhören strafrechtlichen Schutz finden.

2.5.4. Die hier zu beurteilende – von der Beschuldigten bestrittene – Aufnahme fand anlässlich einer polizeilichen Befragung statt. Die Beschuldigte wurde dazu vorgeladen, weil sie – wie der Polizeibeamte A._____ und Privatkläger im Einvernahmeprotokoll einleitend festhielt – eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt wurde. Er erklärte ihr dabei, es sei gegen sie ein Vorverfahren betreffend Förderung des illegalen Aufenthaltes von C._____ eingeleitet worden, sie werde als beschuldigte Person einvernommen (vgl. Urk. HD 3 S. 1). Weiter wurde sie auf ihr Aussagenverweigerungsrecht und auf ihre Berechtigung hingewiesen, eine Verteidigung auf eigenes Kostenrisiko zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen (a.a.O.). Schliesslich hielt der Polizeibeamte und Privatkläger im Einvernahmeprotokoll ausdrücklich fest, die Bestimmungen nach Art. 143 Abs. 1 (gemeint StPO) seien eingehalten worden (a.a.O.). Schon aufgrund

dieser Einleitung kann nicht zweifelhaft sein, dass diese Einvernahme im Rahmen der Strafverfolgung statt fand, weswegen diese polizeiliche Tätigkeit sich ausschliesslich nach der geltenden Schweizerischen Strafprozessordnung richtete (vgl. Art. 15 StPO). In der Folge wurde das Strafverfahren gegen die Beschuldigte betreffend Vergehen gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) mit Verfügung vom 6. August 2012 denn auch durch die Staatsanwaltschaft Zürich eingestellt (vgl. Urk. 17).

2.5.5. Wie schon oben dargestellt, steht die Strafbestimmung von Art. 179^{ter} StGB im dritten Titel des zweiten Buches des Strafgesetzes und dort unter dem 2. Untertitel "Strafbare Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich". Die bereits in diesem Untertitel aufscheinende grobe Umschreibung des Zwecks der hier zur Diskussion stehenden Bestimmung drängt den Schluss auf, dass Vorgänge, welche sich nicht im Privatbereich abspielen, des besonderen Schutzes durch diese im Jahre 1969 in Kraft getretene Gesetzesnovelle nicht teilhaftig werden sollen. Genau zu diesem Schluss führten die oben zitierten Erwägungen im kritisierten Bundesgerichtsentscheid 108 IV 161, welche sich – dies in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 46 S. 5) – nach wie vor als zutreffend erweisen. Es ist offensichtlich, dass die oben geschilderte polizeiliche Befragung der Beschuldigten sich nicht im Privatbereich abspielte, was dem Privatkläger auch fraglos klar war. Nicht ersichtlich ist daher, weshalb ein Polizeibeamter davon ausgehen kann, er könnte bei der Ausführung dieses ausschliesslich dienstlichen Auftrags, der zudem – wie schon oben erwähnt – der Dokumentationspflicht unterworfen war (vgl. Art. 76 ff. StPO), persönlich tangiert worden sein, dies ganz abgesehen davon, dass er vorliegend eine konkrete Verletzung seiner Privatsphäre gar nicht geltend machte. Eine solche lag den auch nicht vor: Ausgehend davon, dass das vorhandene Einvernahmeprotokoll das Geschehen zutreffend wiedergibt, was die Beschuldigte allerdings bestreitet, so wurde eine äusserst kurze Sequenz dieser Einvernahme aufgenommen (vgl. Urk. 55 S. 2 unter Hinweis auf Urk. HD 1 S. 3, 3. Absatz). Bei dieser Sequenz beantwortete die Beschuldigte zwei Fragen des Polizeibeamten, die allesamt den sich möglicherweise illegal in der Schweiz aufhaltenden C._____ (Visumsende und Adresse sowie Dauer seines Aufenthaltes) betrafen (vgl. Urk. HD 3 S. 3 und 4). Im Anschluss da-

ran wurde der Beschuldigten offenbar die Digitalkamera abgenommen, wobei der Clip unverzüglich durch den Polizeibeamten gelöscht wurde (vgl. Urk. HD 3 S. 4).

2.5.6. Es trifft zwar zu, dass der Entscheid des Bundesgerichtes in der Literatur von diversen Autoren kritisiert wird. Hurtado Pozo (*Droit Pénal, partie spéciale*, Zürich 2009, N 2203, S. 652) lehnt die bundesgerichtliche Auslegung ohne nähere Begründung als zu restriktiv ab. Ähnlich verhält es sich bei Donatsch (*Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 10 Auflage, Zürich 2013, § 45, S. 402), der ohne weitere Erklärung die bundesgerichtliche Auffassung als nicht überzeugend taxiert. Auch Ins/Wyder (*BSK, Strafrecht II*, 3. Auflage, Basel 2013, N 13 zu Art. 179^{bis} StGB) führen ohne Weiterungen aus, das Schutzbedürfnis bestehe auch bei Gesprächen, die aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen geführt würden. Stratenwerth/Jenny/Bommer (*Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Strafen gegen Individualinteressen*, 7. Auflage, Bern 2010, § 12 N 25 S. 268) halten ebenfalls dafür, auch das nichtöffentliche Gespräch in einer Behörde müsse geschützt sein, allerdings nur gegen das unbemerkte Abhören oder Aufnehmen, welche Einschränkung im Widerspruch zum postulierten Schutzgedanken steht, diesen jedenfalls stark relativiert, was nicht einleuchtet. Mit der Verteidigung (vgl. Urk. 82 S. 3) ist daher festzuhalten, dass diese Autoren eine Auseinandersetzung mit der Argumentation des Bundesgerichtes vermissen lassen.

2.5.7. Demgegenüber erläutert Schubarth (*Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit*, Art. 173 - 186 StGB, Bern 1984, S. 97), weshalb nach seiner Auffassung das Urteil des Bundesgerichts nicht überzeugend sei. Er argumentiert, der Grundgedanke von Art. 179^{ter} StGB sei der Schutz eines jeden Gesprächsteilnehmers davor, dass sein kurzlebiges unter Umständen situationsbezogenes Wort konserviert und gegebenenfalls in ganz anderem Zusammenhang reproduziert werde. Dieses Schutzbedürfnis sei bei aus öffentlicher Verpflichtung geführten Gesprächen genau gleich gegeben wie bei anderen. Überdies könne auch ein aus öffentlicher Verpflichtung geführtes Gespräch in seinem Inhalt höchst private Dinge betreffen.

Es trifft nun zu, dass auch eine Polizeieinvernahme in ihrem Inhalt höchst private Dinge betreffen kann, regelmässig indessen nicht solche des befragenden Polizeibeamten, sondern des Befragten (vgl. auch Verteidigung in Urk. 82 S. 3). Ein Schutzbedürfnis für den die Befragung durchführenden Polizeibeamten mit Bezug auf seine an den Befragten gerichteten (allenfalls auch sehr persönlichen) Fragen ist daher nicht ersichtlich. Dazu kommt, dass eine solche Einvernahme – wie oben schon mehrfach erwähnt – der (teilweise wörtlichen) Protokollierungspflicht (Art. 78 StPO) unterliegt, weshalb auch der von Schultz angeführte Grundgedanke der hier zur Diskussion stehenden Gesetzesbestimmung von Art. 179^{ter} StGB, nämlich des Schutzes eines jeden Gesprächsteilnehmers davor, dass sein kurzlebiges unter Umständen situationsbezogenes Wort konserviert und gegebenenfalls in ganz anderem Zusammenhang reproduziert wird, nicht wie in einem privaten Gespräch im Vordergrund steht.

2.5.8. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid präzisiert, soweit die Ausführung des dienstlichen Auftrags durch die Aufnahme des Gesprächs gestört oder verhindert werde, betreffe dies nur den Schutzbereich der Rechtspflege, welche durch Art. 179^{ter} StGB nicht geschützt sei (vgl. BGE 108 IV 161 E. 2c). Weiter hat es auch klar gemacht, dass dies nicht bedeute, dass jeder Beschuldigte berechtigt wäre, jede Einvernahme aufzunehmen, sondern dass ein diesbezügliches Verbot u.a. im Interesse der ungestörten Verhandlungsführung gerechtfertigt sein könne, welches im Rahmen der sitzungspolizeilichen Befugnisse erlassen und durchgesetzt werden könne (vgl. BGE 108 IV 161 E. 3). Diese Erwägungen überzeugen nach wie vor. Im konkreten Fall steht aufgrund der Darstellung des Privatklägers auch fest, dass er, als befragender Polizeibeamte, gegen die (bestrittene) Aufnahme unverzüglich einschritt und diese nicht nur durch Wegnahme des Aufnahmegeräts unterband, sondern auch den diesbezüglichen Clip sofort löschte (vgl. Urk. HD 3 S. 4), mithin sitzungspolizeilich eingriff. Damit kann aber auch nicht gesagt werden, er sei schutzlos dem Geschehen ausgesetzt gewesen. Entgegen dem Vorbringen der Staatsanwaltschaft trifft es jedenfalls nicht zu, dass bei polizeilichen Einvernahmen im Vorermittlungsverfahren praktisch keine Sanktionsmöglichkeiten vorhanden wären, mitunter ein solches Verhalten geduldet werden müsste (vgl. Urk. 48 S. 2). Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang da-

rauf hinzuweisen, dass mit Rücksicht auf den im Strafrecht geltenden Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" (vgl. Art. 1 StGB) der Schluss unzulässig ist, dass das, was nicht gestattet ist, auch strafbar im Sinne des Strafgesetzbuches sein muss.

2.5.9. Auch der Hinweis der Staatsanwaltschaft auf das Prozessrecht, namentlich darauf, dass das Vorverfahren nicht öffentlich ist und dem Untersuchungsgeheimnis untersteht sowie auf die Sonderbestimmung von Art. 71 Abs. 1 StPO, welche Bild- und Tonaufnahmen im Gerichtsverfahren untersagt, überzeugt nicht (vgl. Urk. 77 S. 3). Denn auch Teile des Gerichtsverfahrens, beispielsweise die Beratung, sind nicht öffentlich (vgl. Art. 69 Abs. 1 StPO). Dass das Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren wegen deren Nichtöffentlichkeit und wegen des Untersuchungsgeheimnis keine spezielle Regel im Sinne von Art. 71 StPO bräuchten, trifft damit nicht zu.

2.5.10. Abgesehen vom schon oben erörterten Zweck der Art. 179^{bis} und 179^{ter} StGB, der wie erwähnt unzweifelhaft allein im Schutze der Privatsphäre des Einzelnen liegt, ist angesichts der Ausgestaltung dieser Bestimmungen als Antragsdelikte äusserst unbefriedigend und dem Rechtsgleichheitgedanken zuwiderlaufend, wenn die Verfolgung und Saktionierung einer Ton- oder/und Bildaufnahme anlässlich einer dienstlichen Verrichtung allein vom Gutdünken der die Einvernahme durchführende Amtsperson abhängig wäre. In höchstem Masse unerwünscht wäre zudem, dass zur alleinigen Sicherstellung des ungestörten Gangs der Rechtspflege die fragliche Amtsperson zusätzlich regelmässig als Partei in einem Strafverfahren auftreten müsste.

2.5.11. Wenn der Privatkläger im Gegensatz zur hier im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Meinung geltend macht, ein Schutzbedürfnis bestehe zweifellos auch für diese Art von Gesprächen, was insbesondere im Hinblick auf die vorliegende Konstellation gelte, bei welcher auch Drittpersonen (Dolmetscherin) vom Verhalten der Beschuldigten betroffen gewesen seien (vgl. Urk. 78 S. 2), so übersieht er, dass vorliegend eben diese Dolmetscherin ausdrücklich auf einen Strafantrag verzichtete (vgl. Urk. HD 1 S. 5), was seinem Argument ohnehin den Boden entzieht. Auch sie nahm zudem als Gehilfin des

Polizeibeamten, mithin in amtlicher Funktion, an dieser Einvernahme teil. Auch bei ihrem Einsatz könnte daher nicht von einem privaten Gespräch ausgegangen werden. Geradezu grotesk mutet das Vorbringen des Privatklägers an, die Beschuldigte habe sich durch die (bestrittene) Aufnahme über Art. 101 StPO (Akteneinsicht bei hängigem Verfahren) hinweg gesetzt. Ganz abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern sich die bei der Amtshandlung schon anwesende Beschuldigte mit der (bestrittenen) Aufnahme über die erfolgte eigene Befragung "uneingeschränkte Einsicht in den polizeilichen Informationsbestand verschafft" (vgl. Urk. 78 S. 2) haben soll und nicht klar ist, unter welchem strafrechtlichen Titel er dieses Verhalten subsumiert haben will, bildet dies alles nicht Gegenstand der Anklageschrift, an welche der Strafrichter bekanntlich gebunden ist, womit sich eine diesbezügliche Diskussion erübrigt. Abwegig ist sodann seine Berufung auf Art. 293 StGB (Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen, vgl. Urk. 78 S. 3), steht hier wiederum weder ein solcher Vorwurf zur Diskussion, noch ist ersichtlich, inwiefern die Beschuldigte nicht berechtigt sein sollte, über den Inhalt ihrer Einvernahme zu berichten.

2.5.12. Zusammenfassend ist daher im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 108 IV 161) und mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 46 S. 5 f.) festzuhalten, dass die hier zur Diskussion stehende polizeiliche Befragung der Beschuldigten nicht zum Privatbereich der daran teilnehmenden Personen gehörte, dass insbesondere seitens des Polizeibeamten keine Ausführungen erfolgten, welche seine Privatsphäre tangierten, sondern dass die Einvernahme einzig die der Beschuldigten vorgeworfene Widerhandlung gegen das Ausländergesetz betraf. Eine Verletzung von Art. 179^{ter} StGB ist daher zu verneinen, was zum Freispruch der Beschuldigten von diesem Vorwurf führt.

3. Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung

3.1. Entscheid der Vorinstanz

3.1.1. Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf den Vorwurf der Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung, die Einvernahme der Beschuldigten sei nicht in den Geltungsbereich dieses kommunales Erlasses gefallen, zumal der einver-

nehmende Polizeibeamten A._____ ein Mitarbeiter der Kantonspolizei sei, der weder als Stadtpolizist gehandelt habe, noch von der Stadtpolizei Zürich mit der Einvernahme beauftragt worden sei. Entsprechend könne ein Verhalten der Beschuldigten, wie es in der Anklageschrift umschrieben sei, von vornherein keine Widerhandlung gegen Art. 4 APV darstellen (vgl. Urk. 46 S. 6).

3.1.2. Weiter erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf den Vorbehalt in Art. 1 Abs. 2 APV zugunsten übergeordneten Rechts, dass gemäss dem höherrangigen kantonalen Polizeigesetz (PolG), welches sich sowohl an die Kantonspolizei als auch die kommunalen Polizeien richte, sich die polizeilichen Tätigkeiten im Rahmen der Strafverfolgung, mit Ausnahme der Bestimmungen des 3., 5. und 8. Abschnitts, namentlich nach den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung zu richten hätten (§ 2 Abs. 2 PolG). Demzufolge gelangten etwa die Bestimmungen betreffend die polizeiliche Vorladung und das Befragen (Bestimmungen des 4. Abschnitts) nach kantonalem Polizeigesetz nur dann zur Anwendung, wenn die Tätigkeit des Polizeibeamten nicht im Rahmen einer Strafverfolgung erfolge. Entsprechend halte § 24 Abs. 2 APV fest, dass eine Befragung nach den Regeln der Strafprozessordnung zu erfolgen habe, sobald der Verdacht einer strafbaren Handlung bestehe. Dies sei vorliegend der Fall gewesen, nachdem der Beschuldigte zu Beginn der Einvernahme vorgehalten worden sei, sie werde eines Verbrechens oder Vergehens, konkret der Förderung des illegalen Aufenthaltes, verdächtigt (vgl. Urk. 46 S. 7 unter Hinweis auf HD Urk. 3 S. 1 Vorhalt 2). Sodann sei die Beschuldigte im Sinne von Art. 143 Abs. 1 StPO über ihre Rechte und Pflichten belehrt worden (vgl. Urk. 46 S. 6 f. unter Hinweis auf HD Urk. 3 S. 1 Vorhalt 2 und 3).

3.1.3. Schliesslich erwog die Vorinstanz, dass die Strafprozessordnung die Strafverfahren, welche von kantonalen Strafbehörden durchgeführt werden, abschliessend regle, weswegen die Kantone nicht ermächtigt seien, eigene oder ergänzende Verfahrensregeln aufzustellen (Schmid, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 5 zu Art. 1 StPO). Entsprechend regle die Schweizerische Strafprozessordnung, welche Handlungsbefugnisse im Rahmen eines Strafverfahrens bzw. der Strafverfolgung der Polizei zukommen würden und welche

sitzungspolizeilichen Massnahmen ihr zur Durchsetzung ihrer Befugnisse zustünden. In diesem Zusammenhang wies die Vorinstanz darauf hin, dass die Schweizerische Strafprozessordnung für Verstösse gegen einen geordneten Geschäftsgang Disziplinar massnahmen vorsehe, unter anderem Ordnungsbussen gemäss Art. 64 StPO. Angesichts der Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren könne diese bei Verstössen vor der Polizei Ordnungsbussen androhen und verhängen. Die Polizei selbst sei dazu nicht befugt (vgl. Urk. 46 S. 7 unter Hinweis auf Art. 64 Abs. 2 StPO; Schmid, a.a.O., N 4 zu Art. 64 StPO).

3.2. Vorbringen der Staatsanwaltschaft

3.2.1. Die Staatsanwaltschaft macht in ihrer Berufungsbegründung geltend, der Geltungsbereich der APV sei primär territorial und nicht personenbezogen ausgerichtet. Weiter kritisierte sie den Hinweis der Vorinstanz, es hätten sitzungspolizeiliche Massnahmen nach Art. 64 StPO durch die Staatsanwaltschaft ausgesprochen werden können. Denn zu jenem Zeitpunkt sei noch gar keine Verfahrensübernahme durch die Staatsanwaltschaft erfolgt, so dass diese Behörde noch keine Sanktion hätte androhen oder aussprechen können. Die Vorinstanz habe völlig ausser Acht gelassen, dass auch für die handelnde Polizei möglich sein solle, für Ruhe und Ordnung zu sorgen. Schliesslich macht sie geltend, die Weigerung der Beschuldigten, das Büro zu verlassen, sei nach Abbruch der Einvernahme erfolgt und falle daher nicht unter die Bestimmungen der StPO. Zumindest diese Weigerung sei als Verstoß gegen Art. 4 APV anzusehen (vgl. Urk. 48 S. 2 f.).

3.3. Vorbringen der Verteidigung

3.3.1. Die Verteidigung wies darauf hin, die APV vom 30. März 1977 richte sich entgegen dem Vorbringen der Staatsanwaltschaft in der Berufungsbegründung, nicht in erster Linie, sondern ausschliesslich an Stadtzürcherische Behörden und ihre Mitarbeiter resp. die Mitarbeiter der Stadtpolizei Zürich. Die Beamten der Kantonspolizei könnten sich daher nicht auf die APV der Stadt Zürich stützen. Nicht von Relevanz sei der Hinweis in der Berufungsbegründung, Art. 64 StPO hätte gar nicht angewendet werden können, denn der Sachrichter habe sich am

eingeklagten Sachverhalt und an der rechtlichen Würdigung der eingeklagten äusseren Handlungen zu orientieren und nicht an Fragen der Praktikabilität und der Möglichkeiten, wie die Polizei im Rahmen der Einvernahme für Ruhe und Ordnung sorgen könne. Die angebliche Weigerung der Beschuldigten, das Büro des einvernehmenden Polizeibeamten zu verlassen, wäre zudem – so die Verteidigung weiter – noch in direktem Zusammenhang mit der Einvernahme zu sehen und zu würdigen (vgl. Urk.72 S. 4 f.).

3.4. Beurteilung

3.4.1. Weil die Beschuldigte unter dem Verdacht stand, durch Aufnahme einer in der Schweiz illegal anwesenden Person sich des vorsätzlichen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit a AuG schuldig gemacht zu haben, wurde sie zur polizeilichen Befragung vorgeladen (vgl. Urk. ND 1/1 und Urk. 17). Ihr Verhalten während dieser polizeilichen Einvernahme, welche am 30. September 2011 stattfand (vgl. Urk. HD 3), gab sie dem die Einvernahme durchführenden Polizeibeamten der Kantonspolizei Zürich Anlass, u.a. Anzeige wegen Nichtbefolgen einer polizeilichen Anordnung, namentlich "Weigerung, das Büro zu verlassen" gemäss "APV Art. 3 in Anwendung von Art. 37", zu erstatten (vgl. Urk. HD 1).

3.4.2. Diese Ausgangslage zeigt deutlich, dass der mit der Einvernahme betraute Polizeibeamte im Rahmen der Strafverfolgung handelte und in dieser Tätigkeit der StPO unterworfen war (vgl. dazu Art. 15 Abs. 1 StPO). Aufgrund der Zuordnung des Einsatzes zur gerichtspolizeilichen Seite steht auch fest, dass diesbezüglich ein Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft bestand (vgl. dazu Keller in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich-Basel-Genf 2010, N 3 und 5 zu Art. 15 StPO). Nach Art. 306 Abs. 3 StPO hat sich die Polizei als Ermittlungsbehörde bei ihrer gerichtspolizeilichen Tätigkeit an die strafprozessualen Regeln zu halten (vgl. Landshut in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich-Basel-Genf 2010, N 23 zu Art. 306 StPO). Obschon die Polizei nie verfahrensleitende Behörde ist, stehen ihr im Ermittlungsverfahren gewisse verfahrensleitenden Kompetenzen zu, so hat sie u.a. nach Art. 63 StPO sitzungspolizeiliche Befugnisse, wobei ihr keine

Ordnungsbussenkompetenz nach Art. 64 StPO zukommt (vgl. BSK StPO-Rhyner, Basel 2011, N 39 zu Art. 306 StPO, vgl. Schmid StPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Art. 61 N 4 f., Art. 64 N 4). Durch die Regelung der Sitzungspolizei in der StPO bringt das Gesetz klar zum Ausdruck, dass diese nicht durch kantonales, geschweige denn durch städtisches Polizeirecht bestimmt wird (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage, Art. 63 N 1). Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft (vgl. Urk. 48 S. 3), fiel auch die Aufforderung an die Beschuldigte, das Büro zu verlassen, zumal diese Aufforderung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abbruch der Einvernahme stand, noch im Rahmen derselben unter die StPO fallenden Verfahrenshandlung. Damit ist aber auch klar, dass die hier angerufene APV nicht massgebend sein kann. Auch diesbezüglich hat daher ein Freispruch der Beschuldigten zu erfolgen.

3.4.3. Abgesehen davon, erweckt die von der Staatsanwaltschaft konkret in Erwägung gezogene Sanktionierung des Verhaltens der Beschuldigten anlässlich deren polizeilichen Einvernahme Bedenken. Angesichts der in der Anklage erhobenen Vorwürfen (Missachtung der Aufforderung, ihr Mobiltelefon stummzuschalten, bzw. der Aufforderung, sich wieder hinzusetzen und Missachtung der Anweisung, das Büro zu verlassen) stellt sich hier mit Fug die Frage, ob solches Verhalten überhaupt strafwürdig ist und nicht vielmehr sitzungspolizeilich zu regeln gewesen wäre, was auch weitgehend erfolgte. Berücksichtigt man, dass der Polizeibeamte, wie dieser selber schildert, die Beschuldigte – zusammen mit einem weiteren Polizeibeamten – "mit Gewalt" aus dem Polizeiposten entfernte, nämlich im Polizeigriff, wobei sie noch an den Haaren gepackt wurde (!!!! vgl. Urk. HD 6 S. 6 und S. 8), so stellt sich zudem die Frage nach der Verhältnismässigkeit solches Vorgehens. Die Tatsache, dass die Einvernahme abgebrochen wurde und die Beschuldigte unsanft aus dem Büro komplimentiert wurde, wirft weiter die Frage auf, ob das Protokoll, welches festhält, die Beschuldigte habe die Unterschrift verweigert (vgl. Urk. HD 3 S. 10), zutreffend ist. Jedenfalls ist aus den Akten nirgends ersichtlich, der Beschuldigten sei das Protokoll der abgebrochenen Einvernahme vorher übersetzt, bzw. zur Durchsicht und Unterschrift überhaupt vorgelegt worden.

V. Kosten- und Entschädigungsfolge

1. Kosten

1.1. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die Beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Nachdem die Beschuldigte bereits vor Vorinstanz vollumfänglich freigesprochen wurde, ist die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu bestätigen (vgl. Dispositiv Ziffer 2). Gründe, welche eine Kostenauflage an die Beschuldigte, wie sie die Staatsanwaltschaft verlangt (vgl. Urk. 48 S. 3 f.), rechtfertigen würden, bestehen keine, zumal vorliegend der eingeklagte Sachverhalt nicht abgeklärt wurde (vgl. auch Verteidigung in Urk. 72 S. 6). Zu bestätigen ist sodann die vorinstanzliche Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffer 3), welche Anordnung von der Beschuldigten auch nicht angefochten wurde.

1.2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte obsiegt mit ihren Anträgen vollständig. Hingegen unterliegen die Staatsanwaltschaft und der Privatkläger mit ihren Berufungsanträgen. Mit Rücksicht darauf, dass die vom Privatkläger in seiner Anschlussberufung gestellten Anträgen sich mit denjenigen der Staatsanwaltschaft decken, rechtfertigt es sich, die Kosten für das Berufungsverfahren, inklusive der Kosten für die amtliche Verteidigung, vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Entschädigung amtlicher Verteidiger

2.1. Der amtliche Verteidiger reichte am 5. Juni 2014 seine Honorarnote ein (Urk. 84/1 und Urk. 84/2). Der geltend gemachte Stundenaufwand von Fr. 2'000.-- für das Berufungsverfahren ist ausgewiesen. Hinsichtlich der in Rechnung gestellten Auslagen ist darauf hinzuweisen, dass die Kopien praxisgemäss mit Fr. 0.50 pro Stück entschädigt werden, weswegen dafür lediglich Fr. 163.50 zu entschädigen sind. Unter Hinzurechnung der in Rechnung gestellten Portokosten von Fr. 30.--

betragen die Auslagen gesamthaft Fr. 193.50. Damit ist der amtliche Verteidiger für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'369.-- (inkl. MwSt. von 8% auf Fr. 2'193.50) zu entschädigen.

2.2. Im Berufungsverfahren sind der Beschuldigten – zumal das Verfahren schriftlich durchgeführt wurde – keine ins Gewicht fallende Umtriebe entstanden. Solche hat sie auch nicht geltend gemacht. Eine persönliche Umtriebsentschädigung ist ihr daher nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Anschlussberufung des Privatklägers gegen Dispositiv Ziffern 1 zweiter Teil (Freispruch der mehrfachen Übertretung der Allgemeinen Polizeiverordnung im Sinne von Art. 26 APV in Verbindung mit Art. 4 APV) des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung - Einzelgericht, vom 30. Mai 2013, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
3. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 2 und 3) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. Fr. 2'369.-- amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Der Beschuldigten wird keine persönliche Umtriebsentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - den Privatkläger A. _____und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 16/2
 - die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung

des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 27. August 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. C. Baumgartner